

Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart

Herausgegeben von

Arthur Kaufmann und Winfried Hassemer

mit Beiträgen von

Alfred Büllesbach, Günter Ellscheid, Fritjof Haft,
Winfried Hassemer, Arthur Kaufmann, Per Mazurek
Ulfrid Neumann, Lothar Philipps, Jochen Schneider,
Ulrich Schroth

5., neubearbeitete und erweiterte Auflage

C. F. Müller Juristischer Verlag
Heidelberg

133437 93

Arthur Kaufmann, geb. 1923, Dr. jur., Dr. h. c. mult.,
o. Professor für Strafrecht, Strafprozeßrecht
und Rechtsphilosophie an der Universität München.

Winfried Hassemer, geb. 1940, Dr. jur.,
o. Professor für Rechtslehre, Rechtssoziologie und Strafrecht
an der Universität Frankfurt/Main.

Japanische Ausgabe durch den Verlag Minerva Shobo, 1979

Universitäts-
Bibliothek
München

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart /
hrsg. von Arthur Kaufmann u. Winfried Hassemer. Mit Beitr. von Alfred
Bülbach ... — 5., neubearb. u. erw. Aufl. — Heidelberg: Müller,
Jur. Verl., 1989.

(UTB für Wissenschaft: Uni-Taschenbücher; Bd. 593)

ISBN 3-8114-5688-1

NE: Kaufmann, Arthur [Hrsg.]; Bülbach, Alfred [Mitverf.]; UTB für
Wissenschaft / Uni-Taschenbücher

© 1989 C. F. Müller Juristischer Verlag GmbH, Heidelberg

Printed in Germany

Einbandgestaltung: Alfred Krugmann, Stuttgart

Satz: Filmsatz Unger & Sommer GmbH, Weinheim

Druck: Gulde Druck, Tübingen

133437 93

Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i>	V
<i>Aus dem Vorwort zur vierten Auflage</i>	VI
<i>Aus dem Vorwort zur ersten Auflage</i>	VII
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	XXIII
<i>Die Autoren</i>	XXV

A. Einleitung

1	<i>Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik</i> (Arthur Kaufmann)	1
1.1	Rechtsphilosophie und Rechtsdogmatik	1
1.2	Der Gegenstandsbereich der Rechtsphilosophie	3
1.3	Über das richtige Fragen in der Rechtsphilosophie ..	5
1.4	Die Fehler des Scientismus, des Philosophismus und der Anwenderei	8
1.5	Rechtsphilosophie und Rechtstheorie	10
1.6	Ursprünge der Philosophie und der Rechtsphilosophie	12
1.6.1	Die Ontologie (die Welt als Objektivität)	13
1.6.2	Die Erkenntnistheorie (die Welt als Subjektivität) ...	14
1.6.3	Die Existenzphilosophie (die Welt als Selbstwertungs- prozeß)	16
1.6.4	Die Synthese der verschiedenen Richtungen	18
1.7	Die Aufgabe der Philosophie und der Rechtsphiloso- phie in heutiger Zeit	19

B. Historischer Diskurs

2	<i>Problemgeschichte der Rechtsphilosophie</i> (Arthur Kaufmann)	25
2.1	Vorbemerkung	25
2.2	Die historische Entwicklung der Rechtsphilosophie .	27
2.2.1	Die Rechtsphilosophie des Altertums	27

2.2.1.1	Das archaische Zeitalter	27
2.2.1.2	Die Vorsokratik	29
2.2.1.3	Die Sophistik	30
2.2.1.4	Die attische Philosophie	32
2.2.1.5	Die Stoa	37
2.2.2	Die Rechtsphilosophie des Mittelalters	41
2.2.2.1	Der Übergang von der Antike zum Mittelalter	41
2.2.2.2	Augustinus	41
2.2.2.3	Thomas von Aquin	43
2.2.2.4	Das Ende der Scholastik	47
2.2.3	Die Rechtsphilosophie der Neuzeit	49
2.2.3.1	Das neue Philosophie- und Wissenschaftsverständnis	49
2.2.3.2	Das neuzeitliche Naturrecht	51
2.2.3.3	Das Ende des klassischen Naturrechts	58
2.2.3.3.1	Die Historische Rechtsschule	58
2.2.3.3.2	Die kritische Philosophie Kants	59
2.2.3.3.3	Die idealistische Philosophie Hegels	67
2.2.3.3.4	Die materialistische Geschichtsauffassung	71
2.2.3.3.5	Die Zeit nach Hegel	75
2.2.3.4	Der rechtswissenschaftliche Rechtspositivismus	77
2.2.3.5	Der Zerfall des Rechtspositivismus	84
2.2.3.6	Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus	85
2.2.4	Jenseits von Naturrecht und Positivismus	87
2.2.4.1	Die Renaissance des Naturrechtsgedankens nach 1945	87
2.2.4.2	Gustav Radbruch	90
2.2.4.3	Die Rechtsanthropologie	98
2.2.4.4	Weitere Strömungen	101
2.3	Die historische Entwicklung der neueren juristischen Methodenlehre	103
2.3.1	Friedrich Carl v. Savigny	103
2.3.2	Die Begriffsjurisprudenz	109
2.3.3	Der empirische Rechtspositivismus	111
2.3.3.1	Ernst Rudolf Bierling	112
2.3.3.2	Rudolf v. Jhering	113
2.3.3.3	Die Interessenjurisprudenz	113
2.3.3.4	Die Freirechtsbewegung	114
2.3.3.5	Die Rechtssoziologie	116
2.3.4	Der logische Rechtspositivismus, insbesondere die „Reine Rechtslehre“ Hans Kelsens	118

2.4	Der Ertrag des problemgeschichtlichen Abrisses der Rechtsphilosophie	122
2.4.1	Die Analytik-Hermeneutik-Diskussion	122
2.4.1.1	Analytik, Logik, Topik, Rhetorik	123
2.4.1.2	Die Juristische Hermeneutik	126
2.4.2	Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit	131
2.4.2.1	Die Systemtheorie (Luhmann)	131
2.4.2.2	Das Vertragsmodell (Rawls)	132
2.4.2.3	Das Diskursmodell (Habermas)	133
2.4.2.4	Die Konvergenztheorie	138
2.4.3	Entwurf einer sachlich (personal) fundierten prozeduralen Gerechtigkeitstheorie	139

C. Schwerpunkte

3	<i>Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung (Günter Ellscheid)</i>	143
3.1	Naturrecht oder Gesetzespositivismus?	143
3.1.1	Begriff des Gesetzespositivismus – Das Zwei-Ebenen-Modell	143
3.1.2	Rechtstheoretische Infragestellung des Zwei-Ebenen-Modells	144
3.1.3	Rechtstheoretische Voraussetzungen des Problems „Naturrecht oder Gesetzespositivismus“?	146
3.1.4	Historische Rolle des Gesetzes im Unrechtsstaat als Anlaß naturrechtlicher Reflexion?	147
3.1.5	Die Idee der Unverfügbarkeit von Recht als gemeinsames Kriterium modernen Naturrechtsdenkens	148
3.1.6	Die Idee des Naturrechts als Problem der Verfassung des Rechtserkenntnisprozesses	150
3.1.7	Problem der Positivierung der Rechtserkenntniskompetenz	150
3.1.8	Naturrecht und Widerstand	151
3.1.9	Die Frage nach der besten Verfassung als Problem eines Naturrechts „höherer“ Ordnung	152
3.1.9.1	Das Autonomieprinzip	153
3.1.9.2	Keine dogmatisierte Richtigkeit	154
3.1.9.3	Abgrenzung vom Relativismus	155
3.1.9.4	Richtigkeit, Konsens, Entscheidung	156

3.1.10	Doppelter naturrechtlicher Maßstab für positives Recht	157
3.2	Probleme naturrechtlichen Argumentierens	158
3.2.1	Problem der Transmissibilität naturrechtlicher Argumente	158
3.2.2	Naturrecht als Vernunftrecht	159
3.2.3	Argumentationstheoretischer Ansatz	160
3.2.4	Strukturen vernunftrechtlicher Argumentation	162
3.2.4.1	Der Sinn oberster formaler Prinzipien	162
3.2.4.2	Dekalog- und Grundrechtsformeln	165
3.2.4.2.1	Funktionsweise von Dekalog- und Grundrechtsformeln	166
3.2.4.2.2	Die Tragweite der Formeln	168
3.2.4.2.2.1	Der abstrakte Charakter der Formeln	169
3.2.4.2.2.2	Der utopische Charakter der Formeln	170
3.2.4.2.3	Die Formeln und das konkrete Ganze	171
3.2.4.3	Naturrechtliche Metaregeln?	173
3.2.4.4	Prozedurale Prinzipien	175
3.3	Wege zum konkreten Naturrecht	189
3.3.1	Die „Natur der Sache“ als Sammelbecken der Konkretisierungsversuche	190
3.3.2	„Natur der Sache“ und praktische Jurisprudenz	192
3.3.2.1	Denken aus der Natur der Sache: ein Beispiel	193
3.3.2.2	Kritik des Beispiels	195
3.3.3	Die methodischen Voraussetzungen der Kritik – Das Problem von Sein und Sollen	196
3.3.4	Methodendualistische Interpretation und Verwendung der „Natur der Sache“	199
3.3.5	Natur der Sache als Brücke vom Sein zum Sollen?	200
3.3.6	Überwindung des Dualismus von Sein und Sollen durch eine fundamentalontologische Theorie der Natur der Sache?	201
3.4	Abstrakt-rationales Naturrecht und Denken aus der Natur der Sache im Vergleich	203
3.5	Die Geschichtlichkeit des Rechts als rechtsphilosophisches Problem	204
3.5.1	Richtiges Recht im Wandel?	205
3.5.2	„Kodifikation“ ewigen Naturrechts?	206
3.5.3	Naturrecht mit wechselndem Inhalt (Stammler)	207
3.5.3.1	Kritische Einordnung	208

3.5.4	Existenzphilosophische Begründung geschichtlich wahren Rechts?	209
3.5.4.1	Die Einheit von Entscheiden und Finden	209
3.5.4.2	Kritik	210
3.5.5	Geschichtsphilosophische Rechtsbegründung	210
4	<i>Rechtssystem und Kodifikation: Die Bindung des Richters an das Gesetz (Winfried Hassemer)</i>	212
4.1	Vorbemerkung	212
4.2	Die Funktion der Kodifikation im Rechtssystem	212
4.2.1	Kodifikation und „Subsumtionsideologie“	213
4.2.2	Kodifikation und Rechtsprechung	214
4.2.2.1	Rechtssicherheit	216
4.2.2.2	Systematisierung juristischen Wissens	217
4.2.2.3	Legitimation der Rechtsentscheidung	218
4.2.2.4	Positivierung des Rechts	220
4.3	Die Funktion der Kodifikation in der Fallentscheidung	221
4.3.1	Freiheit und Gebundenheit des Richters	221
4.3.2	Die gesetzlichen Grundlagen der Richterbindung ...	222
4.3.3	Kritik am Bindungspostulat	223
4.3.4	Chancen des Bindungspostulats	225
4.3.4.1	Bindung durch Auslegungsregeln	225
4.3.4.2	Bindung durch Richterrecht	226
4.3.4.3	Bindung durch Rechtsdogmatik	227
4.3.4.4	Bindung durch informelle Programme	228
4.3.5	Faktische Bindung und Bindungsprinzip	229
5	<i>Recht und Sprache (Fritjof Haft)</i>	233
5.1	Der Stil des Juristen	234
5.2	Recht und Sprachphilosophie	240
5.3	Eine „vorsichtige Utopie“	247
6	<i>Juristische Logik (Ulfrid Neumann)</i>	256
6.1	Der Begriff der Logik	256
6.2	Syllogistik und Justizsyllogismus	257
6.3	Logische Kalküle	258
6.3.1	Der Aussagenkalkül	259
6.3.2	Der Prädikatenkalkül	261
6.4	Die Leistungsfähigkeit der Logik im Recht	262
6.4.1	Die Formalisierung von Rechtssätzen	263

6.4.2	Die Axiomatisierung von Rechtssätzen	268
6.4.3	„Formale“ und „natürliche“ Logik in der Rechtswissenschaft	271
6.5	Die Frage der Verbindlichkeit der Logik	275
6.5.1	Möglichkeiten der Logikbegründung	275
6.5.2	Die intuitionistische Logik in der Rechtswissenschaft	277
6.5.3	Die dialogische Begründung der Logik	278
6.5.4	Juristische Logik und juristische Argumentation	279
7	<i>Normentheorie (Lothar Philipps)</i>	281
7.1	Verbote und Gebote – der Strukturunterschied	281
7.2	Bestimmen und Bewerten – zur Frage der Erlaubnisse	284
7.3	Norm und arbeitsteiliges Verhalten – Verbotsübertretung durch Unterlassen	287
7.4	Exkurs zu den normativen Venn-Diagrammen und der deontischen Logik	289

D. Theorielager

8	<i>Analytische Rechtstheorie (Per Mazurek)</i>	293
8.1	Verschiedene Richtungen des Rechtspositivismus	293
8.2	Methode und Definition	295
8.3	Die Strukturtheorie	296
8.4	Rechtsgeltung	299
8.5	Recht und Moral	300
8.6	Analytische Rechtstheorie und juristische Argumentation	302
9	<i>Philosophische und juristische Hermeneutik (Ulrich Schroth)</i>	306
9.1	Die neuere hermeneutische Philosophie	306
9.2	Leistung und Kritik hermeneutischer Philosophie ...	309
9.3	Probleme der Anwendung der Norm auf den Einzelfall	312
9.3.1	Die Bedeutung der „Bedeutung“ von Normen	312
9.3.2	Die Theorie der Fallnorm: Die Beschreibung der Praxis der Rechtsanwendung	315
9.3.3	Wie werden Anwendungskriterien von Normen herausgefunden und überprüft?	317

9.3.3.1	Erkenntnistheoretische Problematik	317
9.3.3.2	Die Auslegungsproblematik	318
9.3.4	Unbestimmte Auslegungskriterien und Entscheidungs- folgen	328
9.3.5	Auslegungskriterien und Dispositionsprädikate	329
9.3.6	Anwendungskriterien und Folgenorientierungsproble- matik juristischer Entscheidungen	329
10	<i>Systemtheoretische Ansätze (Alfred Büllsbach)</i>	332
10.1	Ausgangssituation	332
10.2	Der Begriff des Systems	332
10.3	Soziologische Theorie als Systemanalyse	334
10.3.1	Allgemeine Systemtheorie	335
10.3.2	Die kybernetische Systemtheorie	336
10.3.2.1	Überblick	336
10.3.2.2	Ein kybernetisches Modell der Jurisprudenz	338
10.3.3	Das Input-Output-Modell des politischen Systems ...	341
10.3.4	Die Leitungs- und Organisationswissenschaft	342
10.3.5	Die strukturell-funktionale und die funktional- struk- turelle Systemtheorie (Talcott Parsons – Niklas Luh- mann)	344
10.3.6	Kybernetische Regelungstheorie des Rechts	352
10.4	Allgemeine kritische Anmerkungen	353
10.4.1	Habermas' Kritik	354
11	<i>Marxistische und sozialistische Rechtstheorie</i> <i>(Per Mazurek)</i>	357
11.1	Von der Kritik der politischen Ökonomie zur Kritik des Rechts	357
11.2	Zur Entstehung (Genesis) der Rechtsform	359
11.2.1	Warenform und Rechtsform	359
11.2.2	Rechtsform und Produktion	361
11.3	Kritische Theorie	364
11.3.1	Kritische Situationsforschung des Rechts	366
11.3.2	Sinnbestimmung des Rechts	368
11.3.3	Modalitätsbestimmung des Rechts	369
11.4	Sozialistische Rechtstheorie	369
11.5	Klassenjustiz	372

E. Theorien der Rechtswissenschaft

12	<i>Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft</i> (Ulfrid Neumann)	375
12.1	Rechtswissenschaft und Wissenschaftstheorie	375
12.2	Die Wissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft	376
12.2.1	Der Gegenstandsaspekt	377
12.2.2	Der Methodenaspekt	378
12.3	Rechtswissenschaft und Analytische Wissenschafts- theorie	379
12.3.1	Das empiristische Sinnkriterium	379
12.3.2	Die Überprüfbarkeit der Rechtssätze	380
12.3.3	Das Falsifikationsmodell in der Rechtswissenschaft ..	381
12.3.4	Probleme der rechtswissenschaftlichen Begriffsbildung	383
12.3.5	Theorien in der Rechtsdogmatik	384
12.4	Rechtswissenschaft als Handlungswissenschaft	387
12.4.1	Die Rechtswissenschaft als normative Wissenschaft ..	387
12.4.2	Die sozialtechnologische Deutung der Rechtswissen- schaft	388
12.4.3	Die Rechtswissenschaft als politische Wissenschaft ..	390
13	<i>Rechtswissenschaft und Sozialwissenschaft</i> (Alfred Büllesbach)	392
13.1	Sozialwissenschaftliche Anknüpfungen für die Rechts- wissenschaft	392
13.2.	Orientierungen	393
13.2.1	Anknüpfungspunkte	394
13.2.2	Rechtswissenschaft als Sozialwissenschaft	395
13.2.3	Funktionale Betrachtung	395
13.2.4	Empirische Sozialforschung	396
13.3	Rechtsnorm — soziale Norm	398
13.3.1	Normen sind Instrumente sozialer Kontrolle	398
13.3.2	Wirkungsspirale	399
13.3.3	Verhaltensregelmäßigkeiten durch Normen und Sank- tion	399
13.3.4	Die doppel funktionale Wirkung des Rechts	400
13.4	Soziale Wirklichkeit und Rechtswirklichkeit — Die Aufnahme sozialwissenschaftlicher Beiträge	402
13.4.1	Sozialisationsprobleme der Juristen	403

13.4.2	Rechtstatsachenforschung	405
13.4.3	Gesetzgebungslehre	407
13.4.4	Beispiel: Kriminologie	410
13.4.5	Selektivität von Sanktionstätigkeit	412
13.4.6	Rechtsanthropologie	417

F. Tendenzen

14	<i>Sichtweisen juristischer Normanwendung: Determination, Argumentation und Entscheidung (Jochen Schneider/Ulrich Schroth)</i>	421
14.1	Soziologische Analyse richterlichen Verhaltens	421
14.1.1	„Verstehen“ und „Gründe“ richterlichen Verhaltens ..	421
14.1.2	Attitüden als Entscheidungsdeterminanten	422
14.1.3	Rollentheorie und Entscheidungsverhalten	424
14.2	Analysemöglichkeiten richterlichen Handelns	428
14.2.1	Elemente richterlichen Handelns	428
14.2.2	Analyse und Ziele richterlichen Handelns	428
14.2.3	Problemkatalog	429
14.3	Rechtsfindung und Rechtfertigung	430
14.4	Juristische Argumentation	431
14.4.1	Präskriptive Argumentationstheorie	432
14.4.2	Verstehende Argumentationstheorie	435
14.4.3	Empirische Argumentationstheorie	437
14.5	Entscheidungstheorien	438
14.5.1	Normative Ansätze	439
14.5.2	Verstehende Ansätze	446
14.5.3	Deskriptive Entscheidungstheorien	449
14.6	Neue Anstöße durch EDV, Rechtsinformatik	453
14.6.1	Überblick	453
14.6.2	Subsumtionshilfe	455
14.6.3	Juristische Dokumentations- und Informationssysteme	458
14.6.4	Verwaltungsautomation	463
14.6.5	Verantwortung für den Computer	464
	<i>Persone:nverzeichnis</i>	465
	<i>Sachregister</i>	477

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADV	Automatisierte Datenverarbeitung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
ARWP	Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (Amtliche Sammlung)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Amtliche Sammlung)
BT	Deutscher Bundestag
CR	Computer und Recht
ders.	derselbe
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DSWR	Datenverarbeitung, Steuer, Wirtschaft und Recht
DVR	Datenverarbeitung im Recht (1972/73–1985)
ed.	herausgegeben
Ed.	Herausgeber
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
hrsg.	herausgegeben
Hrsg.	Herausgeber

Abkürzungsverzeichnis

JA	Juristische Arbeitsblätter
Jb.	Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie.
JBl	Juristische Blätter
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KJ	Kritische Justiz
KrimJ	Kriminologisches Journal
KZfSS	Kölner Zeitschrift für Soziologie und Sozialpsychologie
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MEW	Marx Engels Werke, Dietz Verlag Berlin
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
ÖVD	Öffentliche Verwaltung und Datenverarbeitung
ÖZöfR	Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht
Rn.	Randnummer
RR	Reine Rechtslehre
RTh	Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung
StGB	Strafgesetzbuch
SZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
WEX	Wahlfach Examinatorium
ZfS	Zeitschrift für Soziologie
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZVglRWiss.	Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft

Die Autoren

Alfred Büllesbach, geboren 1942; Verwaltungsausbildung und -tätigkeit, Studium der Soziologie, Politologie, VWL, Sozialpsychologie und des Rechts; Dipl. sc. pol. 1973, Studium der Rechtswissenschaft in München, Assessorexamen 1978, Promotion zum Dr. jur. (bei Arthur Kaufmann) 1984. Bis 1979 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik der Universität München, seit März 1979 beim Landesbeauftragten für den Datenschutz des Landes Bremen, seit 1. 7. 1983 Landesbeauftragter für den Datenschutz des Landes Bremen. Seit 1979 Lehrbeauftragter an der Universität Bremen für Datenschutzrecht und Rechtsinformatik im Fachbereich Rechtswissenschaft und seit 1982 Lehrbeauftragter an der Universität Bremen im Fachbereich Mathematik und Informatik für Probleme des Datenschutzrechts, der öffentlichen und privaten Informationssysteme und der Technologiefolgenbewertung.

Veröffentlichungen: „Wahlfachgruppe: Rechtsphilosophie, Rechtssoziologie, in: JuS 1975, S. 747 ff. (zus. mit J. Schneider). Inhalt und Grenzen der Wahlfachmaterie, Rechtsphilosophie, in: WEX Heft 11, Rechtsphilosophie, Karlsruhe, 1976. Daneben einen Überblick über die Studien- und Prüfungssituation im Rechtssoziologie Examinatorium (Rotter, Dux, Lautmann (Hrsg.), Heidelberg, 1980). Ca. 30 verschiedene Veröffentlichungen zu Themen des Datenschutzes, der Informationstechnologieentwicklung und der Rechtsinformatik. Informationstechnologie und Datenschutz, Auswirkungen, Reformförderungen, München, 1985. Herausgeber (zus. mit H. Ferdowski) des Buches Politikwissenschaft und gesellschaftliche Praxis, normative Selbststeuerung oder Praxisorientierung, München, 1979. *Dworatschek/Büllesbach/Koch*, Personal Computer und Datenschutz, 2. Aufl., Köln, 1988.

Günter Ellscheid, geb. am 30. 11. 1930 in Trier. 1950–1954 Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Mainz und Köln. Ab 1962 rechtsphilosophische Studien an der Universität Saarbrücken (bei Arthur Kaufmann und Maihofer). 1967 Promotion (bei Arthur Kaufmann). Seit 1958 im Justizdienst, zunächst als Staatsanwalt, dann als

Richter am Amtsgericht, Landgericht und Oberlandesgericht. Vom 1. 10. 1969 bis 30. 9. 1970 Assistent am Institut für Rechtsphilosophie der Universität München. Danach wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Rechts- und Sozialphilosophie der Universität Saarbrücken. Seit 1985 Präsident des Oberlandesgerichts Saarbrücken.

Veröffentlichungen: Das Problem von Sein und Sollen in der Philosophie Immanuel Kants, Köln, Berlin, Bonn, München 1968. Interessenjurisprudenz. Band CCCXLV der Reihe: Wege der Forschung. Herausgegeben von G. Ellscheid und W. Hassemer. Mit einer Einleitung von Ellscheid, Darmstadt 1974, sowie Aufsätze zu rechtsphilosophischen, -theoretischen und strafrechtlichen Themen.

Fritjof Haft, geb. 1940 in Berlin. Ab 1959 Studium der Geschichte, seit 1961 Studium der Rechtswissenschaft in München. Referendar 1965, Assessor 1969, Promotion 1968 mit der Arbeit „Nutzanwendung kybernetischer Systeme im Recht (bei Spiros Simitis)“. 1969 Tätigkeit als Notarasessor, danach bis 1972 in der Privatwirtschaft. Seit 1972 Habilitandenstipendium der Deutschen Forschungsgemeinschaft. 1975 Habilitation an der Universität München mit einer Arbeit „Theorie der Rechtskonflikte – Eine Untersuchung der Bedingungen exakten juristischen Sprechens und Entscheidens im kybernetischen Zeitalter“. Seit 1972 Lehrbeauftragter an der Universität Tübingen für Rechtsinformatik; seit 1975 Universitätsdozent für Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsinformatik an der Universität München. Jetzt Ordinarius für Strafrecht, Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik in Tübingen.

Selbständige Veröffentlichungen: Elektronische Datenverarbeitung im Recht, Berlin 1970. Theorie der Rechtskonflikte; Eine Untersuchung der Bedingungen exakten juristischen Sprechens und Entscheidens im kybernetischen Zeitalter, München 1975 (Unveröffentlichte Habilitationsschrift). Einführung in die Rechtsinformatik, Freiburg-München 1977. Inleiding tot de juridische informatica, Antwerpen-Amsterdam 1979, Übersetzung ins Niederländische von Jan. M. Broekmann. Der Schuldiallog; Prolegomena zu einer pragmatischen Schuldlehre im Strafrecht, Freiburg-München 1978. Juristische Rhetorik, Freiburg-München 1978, 3. Auflage 1985. 100 x Computer – Das Wichtigste auf 100 Text- und Bildseiten, Mannheim-Wien-Zürich 1979. Strafrecht – Allgemeiner Teil, München 1980, 3. Auflage 1987. Strafrecht – Besonderer Teil, München 1981/82, 3. Auflage 1988. Strafrecht. Fallrepetitorium zum Allge-

meinen und Besonderen Teil, München 1982. Einführung in das juristische Lernen, Bielefeld 1983, 3. Auflage 1984. Strukturdenken – der Schlüssel zum erfolgreichen Reden und Verhandeln, München 1985. Aus der Waagschale der Justitia; Ein Lesebuch aus 2000 Jahren Rechtsgeschichte, München 1986, 2. Auflage 1987.

Winfried Hassemer, geb. am 17. 2. 1940 in Gau Algesheim/Rhein. 1959 bis 1963 Studium der Rechtswissenschaft in Heidelberg, Genf und Saarbrücken. 1964–1969 Assistent am Institut für Rechts- und Sozialphilosophie der Universität des Saarlandes. 1967 Promotion zum Dr. jur. (bei Arthur Kaufmann). 1970 Assessorexamen. Ab 1970 Assistent am Institut für Rechtsphilosophie in München. 1972 Habilitation für Strafrecht, Strafprozeßrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie in München und Berufung auf die Professur für Rechtstheorie, Rechtssoziologie und Strafrecht am Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Frankfurt am Main.

Selbständige Veröffentlichungen: Tatbestand und Typus. Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermeneutik, 1968. Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 1971 (zusammen mit Arthur Kaufmann). Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre, 1973, 1980. Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, 1974. Hauptprobleme der Generalprävention, 1979 (zusammen mit Klaus Lüderssen, Wolfgang Naucke). Einführung in die Grundlagen des Strafrechts, 1981. Fortschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaften?, 1983 (zusammen mit Klaus Lüderssen, Wolfgang Naucke). Außerdem Aufsätze zu den Themen des Straf- und Strafprozeßrechts, der Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie.

Arthur Kaufmann, geb. am 10.5.1923 in Singen (Hohentwiel). 1945–1949 Studium der Rechtswissenschaft u.a. in Heidelberg. 1949 Promotion zum Dr. jur. (bei Gustav Radbruch). 1952–1957 Richter am Landgericht Karlsruhe. 1957–1960 Studium der Philosophie in Heidelberg. 1960 Habilitation für Strafrecht, Strafprozeßrecht und Rechtsphilosophie in Heidelberg. 1960 Ordinarius für Strafrecht, Strafprozeßrecht und Rechtsphilosophie in Saarbrücken, seit 1969 in München; Leiter des Instituts für Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik der Universität München. 1970 Ehrendoktor der Keio-Universität in Tokyo; 1987 Ehrendoktor der Universität Athen. Ordentliches Mitglied der Bayerischen Akademie der

Wissenschaften. Mitglied mehrerer ausländischen Akademien und Gesellschaften.

Selbständige Veröffentlichungen u.a.: Das Unrechtsbewußtsein in der Schuldlehre des Strafrechts. 1949 (Neudruck 1984). Naturrecht und Geschichtlichkeit, 1957. Das Schuldprinzip, 1961 (2. Aufl. 1976). Recht und Sittlichkeit, 1964. Analogie und „Natur der Sache“; Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus, 1965 (2. Aufl. 1982). Die ontologische Begründung des Rechts, 1965 (Herausgeber und Mitautor). Schuld und Strafe, 1966 (2. Aufl. 1983). Alternativ-Entwürfe zum Strafgesetzbuch, zum Strafvollzugsgesetz, zur Strafprozeßordnung und zur Sterbehilfe, 10 Bde., 1966 ff. (Mitautor). Aktuelle Probleme der Rechtsphilosophie, 1968 (jap.). Rechtstheorie, 1971 (Herausgeber und Mitautor). Die Strafvollzugsreform, 1971 (Herausgeber und Mitautor). Widerstandsrecht, 1972 (Herausgeber). Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Rechtstheorie, 1971 (zusammen mit W. Hassemer). Rechtsphilosophie im Wandel, 1972 (2. Aufl. 1984). Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart, 1976. Die Parallelwertung in der Laiensphäre; Ein sprachphilosophischer Beitrag zur allgemeinen Verbrechenslehre, 1982. Strafrecht zwischen Gestern und Morgen, 1983, Beiträge zur Juristischen Hermeneutik, 1984. Theorie der Gerechtigkeit; Problemgeschichtliche Betrachtungen, 1984. Grundprobleme der zeitgenössischen Rechtsphilosophie und Strafrechtswissenschaft 1986 (jap.). Gesetz und Evangelium, 1986 (zusammen mit W. Pannenberg). Gerechtigkeit – der vergessene Weg zum Frieden, 1986. Gustav Radbruch; Rechtsdenker, Philosoph, Sozialdemokrat, 1987. Moderne Medizin und Strafrecht, 1989 (Herausgeber). Herausgeber der Gustav-Radbruch-Gesamtausgabe in 20 Bänden, 1987 ff. Rund 350 wissenschaftliche Aufsätze u. dergl. Zum Teil ist das Werk übersetzt ins Amerikanische, Chinesische, Englische, Französische, Griechische, Italienische, Japanische, Koreanische, Polnische, Portugiesische, Serbische, Spanische und Ungarische.

Per Mazurek, geb. 1944; Rechtsanwalt. Nach Banklehre Studium der Rechtswissenschaft und Soziologie an der Universität München. 1971 1., 1974 2. jur. Staatsexamen. Seit 1969 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Rechtsphilosophie, zunächst an der Universität München, nunmehr am Institut für Rechts- und Sozialphilosophie der Universität des Saarlandes.

Lothar Philipps, geb. 1934. Studium der Rechtswissenschaft in Münster, Würzburg und Saarbrücken. Erstes juristisches Staatsexamen 1959. Assistent am Institut für Rechts- und Sozialphilosophie der Universität Saarbrücken (Werner Maihofer). Promotion (bei Werner Maihofer) 1963, zweites Staatsexamen 1965, Habilitation 1970. Seit 1972 Professor an der Universität Saarbrücken, seit 1977 Professor für Strafrecht, Strafprozeßrecht und Rechtsphilosophie am Institut für Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik der Universität München.

Selbständige Veröffentlichungen: Zur Ontologie der sozialen Rolle, 1964; Der Handlungsspielraum, 1974; Testaufgaben in der Rechtswissenschaft und ihre Auswertung durch den Computer, 1978. Im übrigen Aufsätze zu Themen der Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsinformatik, des Strafrechts und des Strafprozeßrechts.

Jochen Schneider, geb. 1943, Studium der Rechtswissenschaft an den Universitäten Berlin (FU) und München. Erstes juristisches Staatsexamen 1970, zweites 1980. Seit 1971 wissenschaftlicher Mitarbeiter, seit 1972 wissenschaftlicher Assistent am Institut für Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik der Universität München. Promotion (bei Arthur Kaufmann) 1977. Nach Stelle in der Industrie seit 1982 Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter an der Universität München.

Veröffentlichungen zu Rechtsinformatik, Rechtstheorie, Rechtsphilosophie, Datenschutz und EDV-Recht.

Ulrich Schroth, geb. 5. 10. 1946 in Worms, Studium der Rechtswissenschaft an der Universität des Saarlandes und der Universität München. Erstes juristisches Staatsexamen 1971, zweites 1976. 1971/72 wiss. Mitarbeiter eines philosophischen Forschungsprojektes, von 1976–1981 Rechtsanwalt in München, von 1981–1987 Akad. Rat, Promotion (bei Winfried Hassemer) 1982, 1987 Habilitation an der Universität München mit der Arbeit „Theorie des strafrechtlichen Vorsatzes“. Jetzt Professor für Strafrecht, Strafprozeßrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie am Institut für Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik der Universität München.

Veröffentlichungen: Theorie und Praxis subjektiver Auslegung im Strafrecht, 1983. Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe 1980 (zusammen mit U. Neumann). Ferner Aufsätze zu Themen aus Strafrecht, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Kriminologie.

Veröffentlichungen: Aufsätze zum Strafrecht, zur Rechtsphilosophie und Rechtstheorie.

Ulfrid Neumann, geb. am 20. 8. 1947 in Seligenstadt/Main. Studium der Rechtswissenschaft in Tübingen und München. 1971 erstes, 1974 zweites juristisches Staatsexamen. Von 1974–1982 wissenschaftlicher Assistent am Institut für Rechtsphilosophie und Rechtsinformatik der Universität München. 1978 Promotion (bei Arthur Kaufmann), 1983 Habilitation für Strafrecht, Strafprozeßrecht, Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie in München. 1984 Professor für Rechtsphilosophie an der Universität Frankfurt a. M. Seit Oktober 1987 ordentlicher Professor für Strafrecht, Strafprozeßrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie an der Universität Saarbrücken.

Selbständige Veröffentlichungen: Rechtsontologie und Juristische Argumentation 1979; Neuere Theorien von Kriminalität und Strafe (zus. mit Ulrich Schroth) 1980; Zurechnung und „Vorverschulden“, 1985; Juristische Argumentationslehre, 1986. Außerdem Aufsätze zu Themen des Straf- und Strafprozeßrechts, der Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie.

7 Normentheorie

Von Lothar Philipps, München

7.1 Verbote und Gebote – der Strukturunterschied

„Wer einen Menschen tötet ... wird ... mit Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren bestraft.“ So steht es im Strafgesetzbuch (§ 212). In den Zehn Geboten freilich heißt es: „Du sollst nicht töten!“ Welche der Formulierungen kommt dem Wesen der Rechtsnorm näher? Diese Frage ist seit dem 19. Jahrhundert umstritten. Die einen sagen: Wesentlich ist allein der Wenn-dann-Satz, wie er typischerweise auch im Gesetz steht. In ihm haben wir alles, was wir brauchen: eine Rechtsfolge und den Tatbestand, an den sie sich knüpft. Die anderen sagen: Der Wenn-dann-Satz berührt nur die Oberfläche der Rechtsordnung, das Recht, wenn es durch Gerichte und Behörden angewandt wird. Dieser Aspekt sei zwar wichtig genug, vorgängig aber sei doch ein anderer: Die Bürger lassen sich in ihrem alltäglichen Verhalten nicht von Gesetzestexten bestimmen, sondern von Vorstellungen darüber, was man tun soll oder nicht soll (von sog. Bestimmungsnormen), und wenn der Richter in Zweifel gerät, tut er es auch¹.

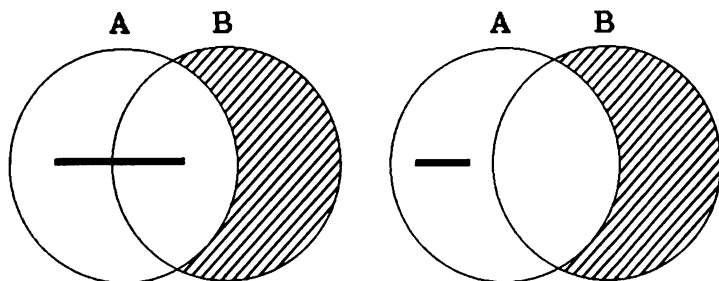
Der alte Streit kann nicht hier und heute entschieden werden. Immerhin aber hoffe ich zu zeigen, daß die Betrachtung der Normen als Verbote, Gebote und übrigens auch Erlaubnisse einige zentrale Phänomene des positiven Rechts erklärt, die keineswegs unmittelbar in den Wenn-dann-Sätzen der Gesetze erfaßt sind.

Man kann sich die Struktur der Normen und ihrer Beziehungen untereinander gut veranschaulichen, wenn man Venn-Diagramme zeichnet: sich überschneidende Kreise, welche Begriffe (in einer anderen möglichen Interpretation: Klassen) repräsentieren². Von ihnen wird angezeigt, ob

1 Eine gute Einführung in diese wie andere Fragen der Normentheorie gibt *Karl Engisch*. Einführung in das Juristische Denken, 8. Aufl. 1983. Auf dem Unterschied zwischen „Rechtsatz“ und „Norm“ hat der Strafrechtler *Karl Binding* ein tiefangelegtes System errichtet: „Die Normen und ihre Übertretung“, 2. Auflage 1890–1919 (4 Bände). Dort findet man auch die Kontroversen jener Zeit behandelt.

2 Zu Venn-Diagrammen sei empfohlen *Willard van Orman Quine*, Grundzüge der Logik, dtsh. 1969, S. 104 ff., zur Verwendung eines „Balkens“, S. 117. Auf juristische Anwendun-

es Gegenstände gibt oder nicht gibt, auf die sie zutreffen. Dies geschieht durch einen Balken oder aber eine Schraffur. Daß es ein A gibt (einen Gegenstand mit der Eigenschaft A), wird durch einen Balken im Kreis A angezeigt. Um auszudrücken, daß es kein B ohne A gebe (und das heißt auch: wenn B, dann A), wird der Kreis B außerhalb von A (der „Halbmond“ von B) schraffiert.



In der linken Variante ist angezeigt, daß es auch ein A gibt, das B ist; in der rechten Variante bleibt diese Frage offen.

Die „Gegenstände“ können auch Handlungen sein. Deshalb liegt der Gedanke nahe, die Diagrammdarstellung auf Normen zu erstrecken. Statt „Es gibt ein A“ wäre dann zu lesen: „Es soll ein A geben!“ A ist geboten. Statt „Es gibt kein A“ lese man jetzt: „Es soll kein A geben!“ A ist verboten.

Man stelle sich vor, das Diagramm symbolisiere den Handlungsspielraum eines Menschen. Der schraffierte Bereich bedeute: „Sperrgebiet!“ Diesen Bereich darf er nicht betreten. Das ist ein Verbot. Den Bereich mit dem Balken soll er dagegen aufsuchen: „Zielgebiet!“ Das ist ein Gebot. In den übrigen Bereichen ist sein Verhalten ungeregelt geblieben. Hier darf er sich frei und ungeleitet bewegen.

Der Unterschied zwischen Verboten und Geboten ist bei dieser Betrachtungsweise fundamental. Es handelt sich um zwei unterschiedliche, ja entgegengesetzte Arten von Normen.

gen weist bereits *Herbert Fiedler* hin: Juristische Logik in mathematischer Sicht, in: ARSP 1966, S. 93ff. Dabei kommt auch *Fiedler* zu dem Ergebnis, daß die verbreitete Vorstellung, man könne alle rechtlichen Regelungen auf die „Normalform“ eines Rechtssatzes mit Tatbestand und Rechtsfolge bringen, nicht oder nur in gekünstelter Weise eingelöst werden kann.

Die ganz vorherrschende Auffassung in der Normentheorie sieht das allerdings anders. Hiernach ist der Unterschied zwischen Verboten und Geboten nicht struktureller, sondern lediglich sprachlicher Art. „Verboten daß ...“ wäre hiernach lediglich eine sprachliche Abkürzung für „Geboten daß nicht ...“. „Es ist verboten, zu töten!“ würde demnach lediglich den Satz verkürzen: „Es ist geboten, nicht zu töten!“ Und statt „Es ist geboten, einem Verunglückten zu helfen!“ könnte man auch etwas umständlicher mit einer doppelten Negation sagen: „Es ist verboten, ... nicht zu helfen!“ Insbesondere *Kelsen* hat schon frühzeitig die bloß sprachliche Natur des Unterschiedes behauptet, und in der heutigen deontischen Logik ist das geradezu eine Systemvoraussetzung³. Wer freilich mit realer Jurisprudenz zu tun hat, weiß, daß der Unterschied von Verboten und Geboten von größter praktischer Bedeutung ist. Erwähnt sei die Unterscheidung von Leistungs- und Unterlassungsansprüchen, ihre unterschiedliche Behandlung im Prozeß und im Vollstreckungsverfahren sowie der Unterschied von Begehungs- und Unterlassungsdelikten in allen Rechtsgebieten.

Ich werde auf diese Phänomene zurückkommen; zuvor möchte ich jedoch noch auf einen anderen wichtigen Unterschied zwischen Verboten und Geboten aufmerksam machen. Er betrifft die zeitliche Natur der beiden Normarten. Allgemein gilt: Wer das Sperrgebiet eines Verbotes betritt, hat eine Norm übertreten; wer das Zielgebiet eines Gebotes aufsucht, ist einer Norm nicht nachgekommen. Im Detail zeigt sich dabei jedoch ein Unterschied. Ein übertretenes Verbot ist gewiß und un-

3 Vgl. *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2. Aufl. 1923, S. 669.

(Das Werk gibt übrigens die beste Darstellung der besonderen, rechtssatzorientierten *Kelsen*-schen Normentheorie, noch vor der sprichwörtlich gewordenen Reinen Rechtslehre, 2. Aufl. 1960.)

In der Literatur zur deontischen Logik finden sich entsprechende Umformungen etwa bei *Franz von Kutschera*, Einführung in die Logik der Normen, Werte und Entscheidungen, 1973, unter T1.2-7 und T1.2-8. Diese Einführung sei hier auch im übrigen empfohlen. Die juristisch-dogmatische Literatur geht zumeist von einem sachlichen (nicht nur sprachlichen) Unterschied zwischen Verboten und Geboten aus; besonders entschieden und reflektiert geschieht dies bei *Armin Kaufmann*, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959. Oft wird auch der entsprechende „ontologische“ Unterschied zwischen Begehen und Unterlassen oder zwischen Verursachen und Nicht-Verursachen thematisiert; vgl. *Arthur Kaufmann* und *Winfried Hassemer*, Der überfallene Spaziergänger, in: JuS 1964, S. 151 ff. Auch meine Arbeit: Der Handlungsspielraum, 1974, beruht auf der grundsätzlichen Unterscheidung von Verbot und Gebot; die ontologischen Unterscheidungen werden dabei – vgl. S. 125 f. – hinzugenommen.

widerrüflich übertreten worden; aber ein unerfülltes Gebot könnte man immer noch erfüllen – heute, morgen oder übermorgen, vielleicht aber auch erst in zwanzig Jahren.

Die Einsicht, die sich hieraus gewinnen läßt, ist: Ein Gebot muß in irgendeiner Weise terminiert sein, mit einer Frist für die Erfüllung versehen; andernfalls läßt sich kein Verstoß dagegen festhalten; die Norm ist nicht viel mehr wert als eine bloße Empfehlung. Ein Verbot dagegen kann zeitlos formuliert sein; die grundlegenden Verbote im Strafrecht, Zivilrecht und öffentlichen Recht sind es auch⁴. Dies ist bereits ein bedenkenswerter Hinweis für den Gesetzgeber.

7.2 *Bestimmen und Bewerten – zur Frage der Erlaubnisse*

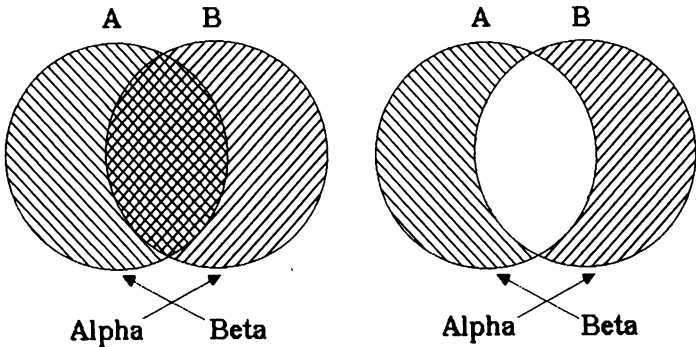
Erlaubnisse können ebenso zeitlos formuliert sein wie Verbote; die Grundrechte unseres Grundgesetzes zeigen das (übrigens eine von vielen Strukturgleichheiten zwischen diesen beiden Normarten). Wie hat man Erlaubnisse zu verstehen? Wir haben zunächst einmal den Bereich des rechtlich Ungeregelten – im Diagramm jene Flächen, die weder durch eine Schraffur noch durch einen Balken ausgezeichnet sind. Ist das Ungeregelte auch schon das Erlaubte? Manche nehmen es an. („Was nicht verboten ist, ist erlaubt.“⁵) Im Ungeregelten kann man sich frei bewegen, ohne rechtliche Sanktionen gewärtigen zu müssen. Es ist nicht leicht vorstellbar, was einem eine „eigentliche“ Erlaubnis darüber hinaus noch gewähren könnte.

Und doch haben viele, Juristen wie Laien, den sicheren Eindruck, daß eine Erlaubnis etwas anderes, Stärkeres sein müsse als das, was die Verbote übrig lassen. Nur, wie soll man dies fassen?

Lassen wir uns wieder von der Anschauung leiten! Die nachfolgenden Diagramme symbolisieren jeweils zwei Verbotszonen A und B. Wir stellen uns dazu diesmal noch zwei Normadressaten Alpha und Beta vor. Das Betreten von A sei dem Beta verboten und das Betreten von B dem Alpha.

4 *Karl Popper* hat den Unterschied betont, daß in der Naturwissenschaft die Gesetze „universell“ formuliert sind, während Existenzsätze individuelle raum-zeitliche Bestimmungen enthalten müssen, um überprüfbar zu sein: vgl. *Popper*, „Logik der Forschung“, 8. Aufl. 1985, S. 35 ff. Das ist ein ganz ähnlicher Unterschied aus ganz ähnlichen Gründen; dazu *Philipps* a. a. O., S. 21 ff.

5 Der sogenannte Allgemeine negative Grundsatz; vgl. dazu *Claus-Wilhelm Canaris*, die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Aufl. 1964, S. 49 ff.



Die beiden Varianten unterscheiden sich hinsichtlich des Schnittbereichs von A und B, wo die Interessen beider betroffen sind und es Interessenkonflikte geben kann. Im linken Modell werden die Beteiligten strikt auseinandergehalten: die „Kollisionszone“ zu betreten ist für beide verboten. Im rechten Modell ist dieser Bereich ungeregelt: in der Praxis müssen die Beteiligten versuchen, sich zu einigen, oder der eine expandiert auf Kosten des anderen⁶.

Derartige Verbote gelten typischerweise mit Rücksicht auf die Interessen des jeweils anderen. Das Betreten von A ist dem Beta mit Rücksicht auf Alpha verboten und das Betreten von B dem Alpha mit Rücksicht auf Beta. Die Verbotszone ist also die Kehrseite einer anerkannten Interessenzone. „Du sollst nicht ... betreten!“ einerseits, „Du darfst deine Interessenzone freihalten!“ andererseits.

Eine eigentliche Erlaubnis hat demnach außer der negativen Seite, daß es an einem der erlaubten Handlung entgegenstehenden Verbot fehlt, auch die positive Seite, daß die erlaubte Handlung einen von der Rechtsordnung anerkannten Wert verkörpert. Das Recht zur Notwehr, das notfalls bis zur Tötung des Angreifers geht, bedeutet nicht einfach eine Lücke im Tötungsverbot, sondern dabei die wertende Bevorzugung der Interessen des Angegriffenen gegenüber den Interessen des Angreifers.

6 Die Einsicht, daß zwei Personen – nicht nur der Handelnde, sondern auch der Betroffene – für den Handlungserfolg zuständig sind und verantwortlich sein können, eröffnet den Zugang zu Kategorien wie „mitwirkendes Verschulden“, „Handeln auf eigene Gefahr“ („autonome Selbstgefährdung“) und „Einwilligung“.

Die Janusköpfigkeit der Norm – zum fremden Interesse/zum eigenen Interesse hingewandt – verbindet auch die Verbote und Gebote des positiven Rechts mit elementaren („naturrechtlichen“) Prinzipien des rechtlichen Zusammenlebens wie der Goldenen Regel („Was du nicht willst, daß man dir tu, das füg' auch keinem andern zu!“).

Diese Konzeption entspricht der These von den „Bewertungsnormen“, die nach Ansicht vieler Autoren den Bestimmungsnormen, den Verboten und Geboten, vorgelagert sind⁷. Wollte diese These nichts anderes sagen, als daß der Gesetzgeber nicht ohne guten Grund Verbote und Gebote aufstellt (oder aufstellen sollte), so beträfe sie Vorjuristisches, wäre vielleicht auch trivial. Gemeint ist jedoch etwas Stärkeres: daß sich wesentliche Phänomene des Rechts nicht recht verstehen lassen, wenn man nur Imperative und nicht auch Anerkennungen von Interessen oder anderen Werten in Betracht zieht. Manche Phänomene – außer auf Erlaubnisse werde ich noch auf unechte Unterlassungsdelikte eingehen – lassen sich viel leichter und natürlicher aus einem Zusammenspiel von Bestimmungsnorm und Bewertungsnorm erklären, als aus einer dann ziemlich künstlich anmutenden Form der Bestimmungsnorm allein.

Ein recht umstrittenes Phänomen dieser Art sei noch erwähnt: Die Konzeption der Bewertungsnormen legt die Frage nahe, ob es Verbotslücken gebe, die sich in ihrem Unverbotensein erschöpfen, die also nicht durch einen entsprechenden „positiven“ Wert ausgefüllt sind. Man spricht hier von einem „rechtsfreien Raum“⁸. Die Autoren, die diese Möglichkeit bejahen, weisen auf Konstellationen wie die folgende hin: Ein Arzt ist in die Situation geraten, daß er, um einen von zwei Verunglückten retten zu können, den anderen sterben lassen muß. Wie immer er sich dabei entscheidet, die Rechtsordnung legt ihm keine Sanktionen auf. Aber diesmal nicht deshalb, weil sie das Leben des Geretteten dem Leben des Gestorbenen vorzöge, sondern weil sie auch keinen besseren Rat weiß.

Ist hier der „rechtsfreie Raum“ noch strukturell bedingt, so gibt es doch auch die Möglichkeit eines dezidierten Wertungsverzichts aus inhaltlichen Gründen. Es spricht manches dafür, auch die Fälle der Freistellung des Schwangerschaftsabbruchs nicht als rechtfertigende Bevorzugung, sondern als Verzicht auf Sanktionen in einer pluralistischen Gesellschaft mit einander widersprechenden Werthaltungen zu interpretieren (*Arthur Kaufmann*).

Ein bemerkenswerter Versuch, auch die Erlaubnis im eigentlichen Sinne rein strukturell zu bestimmen, löst sich von der stillschweigenden Vor-

⁷ Eine überzeugende Darstellung hat die Lehre von den Bewertungsnormen in der „Rechtsphilosophie“ von *Gustav Radbruch* gefunden; 8. Aufl., hrsg. v. Erik Wolf und Hans Peter Schneider, 1973, S. 132.

⁸ Vgl. hierzu vor allem *Arthur Kaufmann*, Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung, in: Festschrift für Reinhard Maurach, 1972, S. 327 ff.

aussetzung des einen Normgebers: Vorausgesetzt wird nunmehr realistisch-weise eine hierarchische Ordnung von (mindestens) zwei Normgebern⁹. In einer solchen Ordnung kann die untere Instanz all das, aber auch nur das, regeln, was die obere Instanz ungeregelt gelassen hat. Die obere Instanz kann deshalb für den Bürger Handlungsspielräume freihalten, die die untere Instanz zu respektieren hat. So hat es bei uns der Verfassungsgeber getan, mit Grundrechten, die der einfache Gesetzgeber zu respektieren hat. Rein aus der Struktur, aus dem Mechanismus der Hierarchie, ergibt sich dabei aber nach wie vor lediglich die Garantie von Zonen des Unverbotenseins, nicht auch, daß es sich dabei um „Rechte“ handele.

7.3 *Norm und arbeitsteiliges Verhalten – Verbotsübertretung durch Unterlassen*

Immerhin hat sich zuletzt gezeigt, daß es gut ist, die zunächst selbstverständlich scheinende Voraussetzung des einen Normgebers fallen zu lassen, um differenziertere normative Phänomene zu verstehen. Das gleiche gilt für die zunächst ebenfalls selbstverständlich anmutende Prämisse des für sich handelnden einzelnen Normadressaten. Menschliches Handeln vollzieht sich nun einmal weithin arbeitsteilig. Das ist zwar auch für den Nichtsoziologen selbstverständlich; gar nicht selbstverständlich ist aber seltsamerweise für die Rechtstheorie, daß es dann auch das vereinigte Verhalten der mehreren ist, das sich an die Verbote und Gebote der Rechtsordnung zu halten hat und an ihnen gemessen wird. Das isoliert betrachtete Verhalten des einzelnen kann dabei von dem allgemeinen Verbotsinn oder Gebotssinn der Norm (der ein Unterlassen oder ein Tun verlangt) abweichen; der einzelne muß gegebenenfalls handeln, damit durch das vereinigte Verhalten mehrerer ein Verbot nicht übertreten werde, oder er muß umgekehrt unterlassen, damit ein Gebot erfüllt werde¹⁰.

Ein Beispiel: Ich hoffe, das Bild vom Handlungsspielraum nicht über Gebühr zu strapazieren, wenn ich es in der Weise ausmale, daß zwei Perso-

⁹ *Eugenio Bulygin*, Permissive Norms and Normative Systems, in: *Automated Analysis of Legal Texts*, Amsterdam 1986, S. 211 ff.

¹⁰ Vgl. dazu *Philipps*, a.a.O., S. 132 ff. Einen entsprechend „funktionalistischen“ Standpunkt vertritt durchgängig *Günter Jakobs*: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1983.

nen sich nicht mehr zu Fuß in einem Teilbereich ihres Handlungsspielraums bewegen, sondern in einem Auto, und das rallyemäßig. Der eine steuert und konzentriert sich dabei auf Motor, Getriebe und Straßenverhältnisse; er verläßt sich dabei blindlings auf den anderen, der, eine Straßenkarte auf den Knien, ihm angibt, in welche Richtung zu fahren sei.

Das bedeutet aber unter dem Gesichtspunkt zunächst sportlicher Normen u. a.: Wenn das Team in ein gesperrtes Gebiet gerät, weil der Beifahrer den Fahrer nicht rechtzeitig gewarnt hat, so ist es auch das Team – Fahrer wie Beifahrer – das disqualifiziert wird. Dabei ist es der Beifahrer, der persönlich für das Verhalten des Teams und damit für die Verbotsübertretung verantwortlich ist, und dies wohl gemerkt, obwohl er selber nicht gehandelt, sondern unterlassen hat. Das Verhalten des einzelnen wird nach dem Verhalten des Systems, dessen verantwortlicher Teil er ist, bewertet. Für die Normen des Sports – für Qualifikation und Disqualifikation, Erfolg und Mißerfolg – ist das selbstverständlich. Aber auch für rechtliche Normen gilt nichts anderes. In diesem Sinne kann der Beifahrer deshalb auch für die Tötung eines Passanten verantwortlich sein. Die Begriffe Verbotsübertretung und Begehungsdelikt decken sich nicht, wie der Jurist weiß (unechtes Unterlassungsdelikt), und hier wird auch klar, warum nicht.

Aber nicht nur die Beachtung eines Verbotes im wörtlichen Sinne, sondern auch die Wahrung eines rechtlich anerkannten Interesses kann auf das arbeitsteilige Verhalten mehrerer verteilt sein. Der Rallyefahrer vertraut nicht nur das Leben Dritter, sondern auch sein eigenes dem Beifahrer an, so daß dieser wiederum auch für den Unfalltod des Fahrers – durch Untätigkeit und trotzdem gemäß dem Tötungsverbot – verantwortlich sein kann. Ganz in diesem Sinne unterscheidet die juristische Dogmatik seit *Armin Kaufmann* (1959) zwischen „Garantenpflichten“ zur Überwachung einer Gefahrenquelle und zur Obhut für ein Schutzobjekt (wobei beides, wie auch in unserem Beispiel, oft zusammenfällt)¹¹.

Im letzten Teil dieser Ausführungen sind Begriffe, die man eher in einer dogmatischen als in einer rechtstheoretischen Arbeit erwarten würde, immer häufiger geworden. Der Punkt, an dem der Rechtstheoretiker die Staffette an den Dogmatiker des positiven Rechts abgeben sollte, ist erreicht.

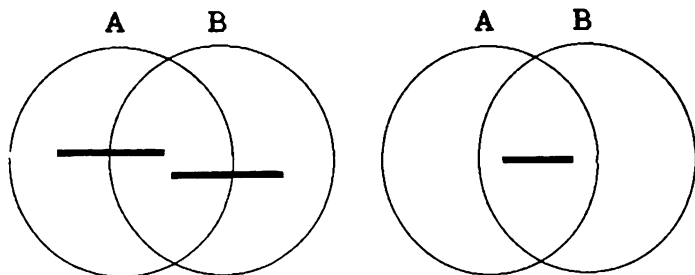
¹¹ *Armin Kaufmann*, a. a. O. (Anm. 3).

7.4 Exkurs zu den normativen Venn-Diagrammen und der deontischen Logik

Der Leser sollte die Diagramme nicht nur als Bilder betrachten, die ihm die Gedanken des Aufsatzes zur Anschauung bringen möchten. Er sollte sie vor allem als ein Werkzeug begreifen, das ihm zu eigenen Untersuchungen an die Hand gegeben ist. Deshalb sei ihm empfohlen, selber mit Diagrammen zu experimentieren: Er möge interessante normative Konstellationen (beispielsweise Konkurrenzen und Widersprüche von Normen) nachstellen und analysieren; er möge sie sodann im Diagramm versuchsweise verändern und rückübersetzend herausfinden, was die Veränderung normativ bedeutet. Er möge schließlich die vorerst rein deontischen Diagramme um „ontische“ Sätze erweitern, vor allem um Wenn-dann-Sätze, die er als Naturgesetze oder technische Regeln interpretieren kann. (Der Unterschied läßt sich auf dem Zeichenpapier gut durch unterschiedliche Farbstifte zum Ausdruck bringen.)

Hier wollen wir uns darauf beschränken, im Lichte der Venn-Diagramme einige Theoreme der deontischen Logik zu betrachten. Manch einem Leser mag die Verwendung der Diagramme im vorstehenden Aufsatz als ein recht triviales didaktisches Hilfsmittel erscheinen, mit dem Strukturen zur Anschauung gebracht werden, die im Grunde selbstverständlich sind. Nichts wäre verkehrter als das. Die logischen Beziehungen, die hier behauptet worden sind, müssen vorerst als höchst problematisch gelten: ihnen stehen nämlich Theoreme einer in Jahrzehnten ausgearbeiteten deontischen Logik entgegen; die schlichte Evidenz der Diagramme wird es schwer haben, sich dagegen durchzusetzen.

Nehmen wir einmal an, in einer Rechtsordnung gebe es ein Gebot zur Handlung A und außerdem ein Gebot zur Handlung B. In einer anderen Rechtsordnung gebe es ein Gebot zur (Doppel-)Handlung A und B.



Die Diagramme zeigen: Es handelt sich um ganz verschiedene Normstrukturen. Keine folgt aus der anderen. Nach einem Theorem der deontischen Logik sind freilich die beiden Normkonstellationen logisch äquivalent: Wenn A geboten ist und B geboten ist, so ist auch „A und B“ geboten – und umgekehrt¹². Beides ist jedoch falsch. Schließlich erwarten wir von einem Zehnkämpfer nicht, daß er alle zehn Disziplinen in einem absolviert. Andererseits wäre es bei einem Hürdenläufer eine mißverständliche Angabe der Leistungsanforderungen, daß er zehnmal über eine Hürde springen und daß er 110 m laufen müsse, wenn man dabei die Möglichkeit offen läßt, daß er beides nacheinander tun kann.

Und noch ein anderes Beispiel für die Diskrepanz zwischen der Normlogik der Venn-Diagramme und der deontischen Logik: *Paul Weingartner* schreibt in einem geistreichen Aufsatz über „Rechtssysteminvariante Normen“, daß es ein „grundlegendes“ Gesetz gebe, das in allen – sonst sehr unterschiedlichen – Systemen deontischer Logik anerkannt sei. Als logische Schlußweise läßt es sich etwa so formulieren¹³:

Man soll, wenn man A tut, B tun.

Man soll A tun.

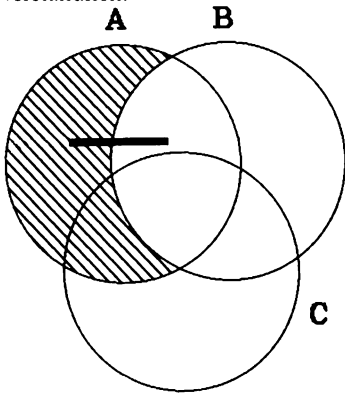
Man soll B tun.

In diesem Punkte wären sich demnach alle Theoretiker der deontischen Logik einig. Das ist seltsam; wenn ich nämlich Richtern einen solchen Schluß zeige, pflegen sie verblüfft zu sagen: Das stimmt nicht! Praktiker wissen auch sogleich mit triftigen Gegenbeispielen aufzuwarten: Ein Diplomat bekomme den dienstlichen Befehl, ein bestimmtes afrikanisches Land aufzusuchen. Es gebe eine Vorschrift, wonach wer in dieses Land reist, sich einer bestimmten Impfung unterziehen muß. Ist jener Diplomat also verpflichtet, sich impfen zu lassen? Keineswegs. Wenn er sich weigert, seinem Auftrag nachzukommen, braucht er sich auch nicht impfen zu lassen. Eine Verpflichtung zur Impfung wird nur dann aktuell, wenn er die Reise tatsächlich anzutreten im Begriff ist, und dann ganz unabhängig davon, ob er hierzu verpflichtet ist oder nicht. Der deontische Schluß ist also falsch, wenn man unter der Rede, daß etwas „geboten ist“ oder daß jemand etwas „tun soll“, das versteht, was man im Alltag darun-

12 *Von Kutschera* T 1.2-1.

13 *Paul Weingartner*, Gibt es rechtssysteminvariante Normen? ARSP-Beiheft 29 (1987), S. 167–177. *Weingartner* selber formuliert das „Gesetz“ nicht als Schluß, sondern als logisches Theorem; so auch *von Kutschera* T 1.2-3: „Wenn es geboten ist, falls man A tut, auch B zu tun, so ist es, falls es geboten ist, A zu tun, auch geboten, B zu tun.“

ter versteht, sei man nun Laie oder Jurist. Lediglich in einem sekundären Sinne, der sich sogleich im Diagramm zeigen wird, läßt er sich rechtfertigen. Wenn *Weingartner* recht hat, daß das fragliche Gesetz in allen Systemen der deontischen Logik enthalten ist, so sind sie alle zumindest mißverständlich.



A stehe für die Reise in das erwähnte Land, B für das Sich-Impfen-Lassen, C für eine beliebige andere Handlung. Nur wenn man den Bereich von A betreten will, wird man durch das Vorhandensein der Sperrzone auch in den Bereich von B „genötigt“. Wenn man im unteren Bereich bleibt, im reinen C-Bereich, ist das nicht der Fall. Freilich verstößt man dann gegen das Gebot, A zu betreten. Die Impfung ist also außerhalb einer schon aktuellen Verpflichtung nur insofern „gesollt“, als derjenige, der sich strikt rechtstreu verhält und alle (beiden) Normen beachtet, an einer Impfung (am B-Bereich) „nicht vorbeikommt“¹⁴.

Wie erklärt sich die Akzeptanz der deontischen Logik bei so befremdlichen Ergebnissen? Es liegt wohl an der Plausibilität ihres Ansatzes, den als erster *Leibniz* formuliert hat. Hiernach ist die Logik der Normen ein Spezialfall der Modallogik: die Logik der „moralischen“ (oder „praktischen“) Modalitäten. Das Erlaubte ist das moralisch Mögliche, das Verbotene das moralisch Unmögliche, das Gebotene das, was moralisch not-

14 Im „Handlungsspielraum“ (S. 43 ff.) habe ich zwischen „präskriptiv“ und nur „deskriptiv“ gültigen Folgerungen aus einer Norm unterschieden. Die nur deskriptiv gültigen Folgerungen enthalten keine Verhaltensrichtlinie, an die man sich halten kann; aber man „kommt an ihnen nicht vorbei“. Ein Beispiel: Daß jemand CDU wählt, daraus folgt logisch, daß er sich an der Wahl beteiligt. Wollte man aber nun aus der Empfehlung „Wählt CDU!“ als logische Folgerung herleiten: „Geht zur Wahl!“, so läge dies nicht mehr im präskriptiven Gehalt der Parteipflicht. Wer sie nämlich ausspricht, dem könnte es durchaus lieber sein, jemand bleibt der Wahl fern, als daß er SPD wählt. Das wäre kein

wendig ist¹⁵. Wenn man die Ergebnisse der deontischen Logik in die schlichten Modalitäten des (ontisch) Möglichen und Notwendigen zurückübersetzt, zeigt es sich, daß sie insofern richtig sind. Zweifellos hat die *Leibnizsche* Analogie, auch wenn sie, wie die Ergebnisse zeigen, falsch ist, etwas Geniales. Daß sie freilich nach dreihundert Jahren noch als richtig gilt, bedarf außer der philosophiegeschichtlichen noch einer psychologischen Erklärung. Vielleicht sind viele Logiker auch in ihrer Wissenschaft so, wie sie es nach einem verbreiteten Vorurteil im Leben sind: Sie prüfen zwar sehr gründlich, ob ihr Zug zum gewünschten Ziel fahren werde; aber wenn sie ihn einmal bestiegen haben, schauen sie niemals mehr aus ihrem Abteifenster. Für Juristen freilich, einer der Praxis verpflichteten Zunft zugehörig, sollte sich eine solche Einstellung auch dann verbieten, wenn sie Theorie der Normen betreiben.

Ausgewählte Literatur

Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985.

Hart, Der Begriff des Rechts, dtsh. 1973.

Hohfeld, Fundamental Legal Conceptions, 1919.

Kelsen, Allgemeine Theorie der Normen, 1979.

Lachmayer, Grundzüge einer Normentheorie, 1977.

Opatek, Theorie der Direktiven und der Normen, 1986.

Philipps, Der Handlungsspielraum, 1974.

Rödig, Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz, 1969.

von Savigny, Die Überprüfbarkeit der Strafrechtssätze, 1967.

Weinberger, Normentheorie als Grundlage der Jurisprudenz und Ethik, 1981.

von Wright, Norm and Action, 1963.

inkonsistenter Wunsch. Andererseits kommt man, will man der Empfehlung folgen, „nicht daran vorbei“, sich an der Wahl zu beteiligen. Insofern ist die Folgerung, man „solle“ sich an der Wahl beteiligen, nicht falsch. Sie ist auch „relevant“ (um ein Stichwort der neueren Logik-Diskussion aufzugreifen; vgl. *Weingartner*, a. a. O., S. 170) – für die, die zur Wahl gehen wollen, zwar nicht, wohl aber für diejenigen, die zu einer Wahlenthaltung aufrufen. Dieser Gesichtspunkt läßt sich verallgemeinern: Deskriptiv gültige Folgerungen aus einer Norm können zwar keine sinnvolle Verhaltensrichtlinie, wohl aber einen sinnvollen Ansatzpunkt für Kritik enthalten. Bei Nichtbeachtung des Unterschieds zwischen präskriptiv und deskriptiv gültigen Folgerungen, zwischen der Befolgung einer Norm und dem Nicht-an-ihre-Vorbeikommen, zwischen Richtlinie und Kritikpunkt kann der falsche Eindruck entstehen, es mit einem Paradoxon zu tun zu haben (dem „*Ross'schen* Paradoxon“, von dem das Wahlbeispiel eine Variante ist). – Die auch präskriptiv gültigen Folgerungen sind diejenigen, die gegenüber einer Prämisse nur spezieller sind (Man soll nicht stehlen / Man soll keine Autos stehlen. Man soll Tierhaare, die man verarbeiten läßt, desinfizieren / Man soll Ziegenhaare ... desinfizieren.); die übrigen Folgerungen (die gegenüber der Prämisse allgemeiner sind) sind nur deskriptiv gültig.

15 Vgl. dazu *Philipps*, a. a. O., S. 17ff.